-

SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 15 y 04 minutos)

La Comisión de Salud Pública del Senado tiene el placer de recibir en la tarde de hoy al ex Vicepresidente de la República, doctor Gonzalo Aguirre Ramírez, para hacer consideraciones sobre el proyecto de ley sobre técnicas de reproducción asistida, que está a consideración del Senado.

SEÑOR AGUIRRE.- Agradezco al señor Presidente y a los señores miembros de la Comisión la invitación a concurrir a la Comisión de Salud Pública para exponer mis puntos de vista sobre el proyecto de ley de técnicas de reproducción asistida. Considero que es un deber de quienes tenemos algunos conocimientos especializados en algunas ramas jurídicas u otras disciplinas del conocimiento, colaborar toda vez que nos es solicitado con las labores de ambas Cámaras y de sus Comisiones. Por ello hemos vuelto, pero antes quiero hacer una serie de precisiones.

La primera de ellas es que estoy de acuerdo en que se legisle sobre la materia, y no voy a decir más nada al respecto porque me parece que es obvio la necesidad de que así sea.

En segundo término, quiero excusarme si mi exposición no es lo precisa o profunda que se puede requerir, porque el tema con el cual recién entré en conocimiento, y sobre el que desde hace años se están haciendo intentos por legislar en el Senado y en particular esta Comisión, es de extrema complejidad. Me refiero a extrema complejidad desde el punto de vista jurídico y desde otras ópticas, como por ejemplo desde un plano moral, filosófico, religioso, etcétera. Además quiero decir que ha sido escaso el tiempo que he tenido para estudiar, no todo pero por lo menos parte de la enorme cantidad de material que el día jueves a última hora se me hizo llegar por el Secretario de la Comisión.

Por otro lado, quiero decir que si bien soy católico y creo en la religión Católica, no soy practicante. Es decir, no vivo dominado por la fe que tienen algunos católicos y creyentes de otras religiones que respeto. Quiero decir que los juicios que emita no van a estar teñidos por posiciones subjetivas de índole religiosa o, por lo menos, voy a tratar de no dejarme influenciar por ellas.

Como corresponde, desde que he sido citado como especialista en determinada rama del Derecho, lo enfocaré, exclusivamente, como un estudioso del Derecho Constitucional y desde el punto de vista de la compatibilidad de las disposiciones del proyecto con las normas de nuestra Constitución. Por cierto que el proyecto tiene otras implicaciones jurídicas. Es decir, puede y debe ser analizado no sólo desde la vertiente del Derecho Constitucional, ya que por ejemplo son evidentes sus implicaciones y relaciones con el Derecho Civil y en todo lo que tiene que ver con el Derecho de Familia, particularmente con la filiación y también con la materia sucesoria. Estos temas han sido abordados anteriormente por otros especialistas y, hace años, por el conocido y respetado catedrático Eduardo Vaz Ferreira. También tiene implicaciones con el Derecho Penal, porque el proyecto de ley tipifica algunas figuras delictivas.

Voy a tratar de abstenerme a todo esto, porque no son materia jurídica de mi especialidad. Quiero señalar, también, que hay dificultades interpretativas comunes a toda ley, a todo un conjunto sistemático de normas que deben ser interpretadas en su contexto, y que en este caso en particular están agravadas porque el tema es de raigambre científica indiscutible. Por lo tanto, se usa una terminología científica que para los que somos casi ignaros en esta materia, nos resulta de difícil comprensión.

Hechas todas estas precisiones previas, quiero decir que entiendo que el análisis del proyecto no se puede hacer totalmente divorciado de ciertos principios de orden moral, no porque desconozcamos la tradicional separación que se nos enseñaba en la materia de Preparatorios que se llamaba "Introducción al Derecho", entre Derecho y moral, que son dos órdenes normativos distintos con muchos puntos de contacto pero también con claras diferencias, sino porque indudablemente hay una vinculación teleológica entre el Derecho y la moral.

Es decir, el Derecho está impregnado en muchas de sus normas de principios morales. Cuando los principios morales son de determinada entidad y están muy arraigados en el seno de la sociedad, generalmente son recogidos por las normas jurídicas. No podemos desconocer que la moral es uno de los valores que informa nuestro Derecho Constitucional. Generalmente, se dice que los dos principales valores de todo sistema jurídico son la justicia y la seguridad, es decir, la certidumbre o la previsibilidad de las consecuencias de las acciones que debe dar un ordenamiento jurídico. Pero también la moral es uno de los fines del Derecho, por lo menos en sus principios fundamentales.

Debo señalar -porque es algo que generalmente se olvida- que varias disposiciones de la Constitución aluden a la moral y a la formación moral, particularmente, de los jóvenes. Así, en materia de inmigración, el inciso segundo del artículo 37 dice: "La inmigración deberá ser reglamentada por la ley, pero en ningún caso el inmigrante adolecerá de defectos físicos, mentales o morales que puedan perjudicar a la sociedad". El artículo 40 establece: "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material". El artículo 41 preceptúa: "La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores". El artículo 44, uno de los más importantes en esta materia, agrega: "El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país".

Luego, el artículo 46, aunque no nombra la moral, dice: "El Estado combatirá por medio de la ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales", lo cual da una pauta para señalar, como una directiva constitucional, la oposición a todo aquello que tiene signo moral negativo. Asimismo, el artículo 54 refiere a "la independencia de su conciencia moral y cívica" de todo obrero o empleado.

En esta materia, hay dos disposiciones particularmente importantes que refieren a la libertad de enseñanza. El artículo 68, al garantir la libertad de enseñanza, dice: "La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos", y el artículo 71, en su inciso final, señala: "En todas las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos".

Quiere decir que, reitero, la moral no sólo no es indiferente para la Constitución, sino que en el análisis de la constitucionalidad de esta ley no se puede ser ajeno al respeto por ciertos principios morales básicos e ínsitos en la Constitución.

Otro elemento que creo debemos tener en cuenta para estudiar y analizar el proyecto de ley, es su finalidad, es decir, lo que los juristas, utilizando una expresión latina, llamamos su "ratio legis". Cuando las disposiciones de una ley adolecen de cierta oscuridad jurídica o no armonizan bien unas con otras dificultando su interpretación contextual, armónica, se suele o se debe recurrir a la finalidad de la ley, es decir, a lo que quiso expresar el Legislador. Esto ocurre cuando esa finalidad se manifiesta claramente en la historia fidedigna de su sanción o surge directamente de sus normas. En este sentido, creo que es fundamental el artículo 1º del proyecto de ley que dice: "Las Técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otros tratamientos se hayan descartado por inadecuados o ineficaces".

Entonces, la finalidad del proyecto de ley es facilitar la procreación, el nacimiento de nuevos seres humanos. Como el nacimiento, por regla general, se produce como la naturaleza lo tiene dispuesto desde que la especie humana surgió sobre el planeta, esa facilitación de la procreación se hace -y es el objetivo de la ley- cuando hay supuestos o casos concretos de esterilidad humana.

La segunda finalidad del proyecto de ley es la de regular la actuación médica en tales casos, de modo que no se haga de cualquier manera o persiguiendo finalidades ilegítimas, ajenas al facilitamiento de la procreación en esos casos de esterilidad humana. Creo que tener presente esta finalidad del proyecto de ley, claramente enunciada en el inciso tercero de su artículo 1º, informa o debe informar la interpretación de las disposiciones dudosas.

Finalizada esta introducción al tema, voy a tratar, desde el punto de vista constitucional, tres aspectos que están ínsitos en este proyecto de ley: en primer lugar, el de mayor entidad y que ha provocado grandes debates, que es el derecho a la vida; en segundo término, la posibilidad prevista en el artículo 2º en el sentido de que haya procreación por esta vía por parte de mujeres solas, es decir, mujeres solteras, viudas, divorciadas o que no viven en pareja, y en tercer lugar, otro tema tremendamente complejo es el de la llamada donación anónima o preservación del anonimato de los donantes. Empleo esta palabra por facilidad de lenguaje, ya que he notado que en el debate parlamentario en el Senado se ha cuestionado la utilización de las palabras "donante" o "donación" porque tienen determinadas implicaciones jurídicas en el Código Civil. Además, este tema de la donación anónima tiene directísima relación con la cuestión regulada por algunos instrumentos internacionales que es el derecho del niño - y más tarde del joven y del adulto - a conocer su verdadera identidad y quiénes son sus progenitores.

En cuanto al derecho a la vida, es sabido que éste está primeramente consagrado en forma categórica en el artículo 7º de la Constitución, cuando expresa: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general".

Nuestra doctrina del Derecho Constitucional, en las enseñanzas de Justino Jiménez de Aréchaga, ha concluido siempre en que el artículo 71 distingue dos clases de Derecho, conforme a la filiación iusnaturalista, es decir, a la recepción de las doctrinas del derecho natural por nuestra Constitución. Entonces, se distinguen los derechos reconocidos, es decir, los que la Constitución no consagra sino que reconoce porque son preexistentes a la Constitución, ya que son inherentes a la naturaleza humana de las personas y por tanto son ilimitables por ley pues no reconocen ningún tipo de restricción.

Desde este punto de vista, el derecho reconocido -es decir, el preexistente- es el derecho a vivir y a sobrevivir. Por lo tanto, se podrá preguntar cómo el derecho a ser protegido en el goce de la vida, que es el derecho que consagra el artículo 7º, puede ser limitado. Jiménez de Aréchaga ponía como ejemplo un caso muy claro: ante un caso imprevisto de que un país entre en guerra, se aplica la ley preexistente o se toma una medida de ese carácter, por ley o de otra manera, llamando a filas y provocando el enrolamiento obligatorio de las personas que tienen determinada edad. En ese caso, naturalmente, en la fijación de esa norma el Estado no está protegiendo el derecho a la vida sino que, por el contrario, lo está desprotegiendo, poniéndolo en riesgo en función de otros valores que transitoriamente se consideran superiores para la seguridad del Estado y su preservación como entidad soberana e independiente.

Para que quede clara esta distinción, voy a poner el ejemplo de otro derecho en donde esto se ve con mayor claridad. En materia de derecho de propiedad, es bien claro que hay un derecho preexistente a ser propietario, a tener un patrimonio. Ninguna ley, por razones de interés general, podría prever hipótesis en que las personas perdieran su derecho a ser titulares de un patrimonio; en cambio, por vía expropiatoria, la ley puede limitar el derecho de propiedad y aun privar a una persona cuando se refiere concretamente a un determinado bien inmueble o mueble; pero nunca puede privar del derecho genérico o abstracto a ser titular de un patrimonio.

Otra disposición que a mi juicio es fundamental para interpretar en esta materia el sistema constitucional es el artículo 26, que dice: "A nadie se le aplicará la pena de muerte". La prohibición de la pena de muerte no es, como sostiene el profesor Risso Ferrand -a mi juicio erróneamente, y dicho esto con todo respeto- un caso de restricción en la protección del derecho a la vida, sino que sería un caso de privación del derecho a vivir -un derecho preexiste- y por eso está absolutamente prohibida. De esta disposición saco la siguiente conclusión jurídica. Esta privación del derecho a vivir está prohibida como pena aplicable a autores de delitos graves. Se sabe que en las doctrinas más recibidas del Derecho Penal las penas no tienen naturaleza de castigo a los autores de los delitos, sino que son una medida preventiva de defensa a la sociedad. Si ni siquiera como medida de defensa de la sociedad con quienes cometen delitos o crímenes horrendos se autoriza la aplicación de la pena de muerte, mucho más está prohibido privar de la vida a un ser humano cuando éste no ha perjudicado a terceros con sus acciones u omisiones, ni lesionado bienes jurídicos básicos, ya sea de las personas o de la sociedad, que son los que se tutelan en el Código Penal. Es decir que no sólo está prohibida la pena de muerte, sino que está implícitamente prohibida cualquier otra forma de privación del derecho a la vida o supresión de la vida, cualesquiera sean las razones que se puedan invocar en ese sentido.

Ahora bien, ¿quiénes son los titulares del derecho a la vida? Aquí nos vamos aproximando a este tema tan difícil que plantea el proyecto de ley y respecto del cual me siento en la misma situación espiritual -salvando las distancias que me separan de tan eminente autoridad- en que se sentía Justino Jiménez de Aréchaga cuando empezó a estudiar el famoso tema de las medidas prontas de seguridad y dijo que con respecto a él tenía muchas más dudas que certidumbres. Personalmente, también tengo muchas más dudas que certidumbres.

Si nos atenemos al texto del artículo 7º de la Constitución, éste dice que los titulares de ese derecho son los habitantes, pero si tomamos literalmente la expresión, cuando hablamos de "habitantes" por supuesto estamos pensando en una persona ya nacida, a la que se le puede adjudicar un domicilio, que reside en determinado país, en este caso el nuestro. Por más que el artículo haya sido redactado en 1830, cuando no se tenía ni la más remota sospecha de que pudieran existir estos formidables adelantos científicos que ahora nos plantean difíciles problemas, y aunque se hable del derecho al trabajo y del derecho de propiedad, parece evidente que la disposición no se refiere a situaciones en que existe vida pero el portador de ella aún no ha nacido; de todas maneras, considero que los titulares del derecho a la vida, aunque no sean habitantes de la República, igual tienen la titularidad de ese derecho, porque lo que no está expresamente consagrado en el artículo 7º estaría implícitamente reconocido en el famoso artículo 72, que dice: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

Se me podrá decir que hay personalidad humana aun cuando la persona no nació, y ahí entramos en otro terreno un poco resbaladizo. La actual Constitución española de 1978, para salvar esta dificultad, en su artículo 15, cuando se refiere al derecho a la vida, en lugar de hablar de personas, dice "todos", en un término no demasiado preciso pero que parece más omnicomprensivo de muchas otras situaciones.

El profesor Risso Ferrand, en el tercer tomo de su libro "Derecho Constitucional", dice que la protección comienza desde que hay vida, y que hay vida, por lo menos, desde la concepción. Aquí vamos a otro problema. ¿Cuándo comienza la concepción? También expresa el profesor Risso Ferrand -y creo que en esto tiene razón- que la Constitución no se puede interpretar con arreglo al Código Civil, porque ella no se interpreta de acuerdo con normas de rango jurídico inferior, y el Código Civil es una ley jerárquicamente subordinada a la Constitución. El Código Civil, en su artículo 21, refiere a las personas y dice que son los individuos de la especie humana; luego, en el artículo 23, los clasifica entre los domiciliados y los transeúntes.

A mi juicio, de todo esto resulta que debemos tener una concepción amplia de cuándo comienza la vida, considerándola amparada, por lo menos, por el artículo 72 de la Constitución. También tenemos que recordar que el artículo 42 -que fue traído varias veces a colación, tanto en su intervención en esta Comisión como en el Plenario, por el doctor Gorosito- establece: "La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo".

Creo que debe interpretarse -y en esto comparto la posición del profesor Risso- que cuando el artículo 42 habla de la maternidad, refiere a un concepto que no toma exclusivamente a la madre sino también al ser o hijo no nacido que lleva en su seno.

Ahora paso a una disposición a mi juicio fundamental para encarar el tema, que no es de nuestra Constitución. Se trata del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica. Bajo el título "Derecho a la Vida", el numeral 1º) de esta disposición dice que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Esto me lleva a otra consideración que tiene relación con la Convención sobre los Derechos del Niño -a la que más tarde voy a aludir- que refiere a cuál es la eficacia de las disposiciones contenidas en Tratados internacionales que han sido ratificados por nuestro país.

Con respecto al Pacto de San José de Costa Rica, se da una situación muy particular. En la Ley Nº 15.737, de amnistía de los presos políticos -en cuya redacción participé y que recuerdo con mucho cariño porque era una ley muy justa, muy necesaria y, además, porque fue la primera vez que fui miembro informante de un proyecto de ley en el Senado- la doctora Adela Reta, a la sazón Ministra de Educación y Cultura, insistió en que se incluyera como parte de la ley el texto del Pacto de San José de Costa Rica. Se da entonces la singularidad de que este Pacto, para el Derecho uruguayo, es un Tratado vigente como norma de Derecho Internacional y, al mismo tiempo, es una ley vigente en el país. Como ley, naturalmente, puede ser modificada por otra ley; como Tratado, entiendo que no puede ser modificado por otra ley.

Me van a perdonar que entre en un tema de técnica jurídica, pero creo que es importante para fijar posición en esta materia. En materia de Tratados, había una posición tradicional sostenida por Justino Jiménez de Aréchaga -hoy absolutamente superada- que establecía que un Tratado, al ser aprobado por ley, se transformaba en norma de Derecho interno, con igual contenido dispositivo que el Tratado. Esto evidentemente no es así, porque no se puede transformar en norma de Derecho interno lo que aún no existe como norma de Derecho Internacional. Es decir, los Tratados no nacen como norma de Derecho Internacional hasta que no se produce el canje de las ratificaciones entre los dos Estados que lo suscriben -cuando son Tratados bilaterales- o el depósito en la Secretaría del organismo multilateral en el cual se aprobó el Tratado por el número preestablecido de naciones que lo han suscrito y que depositan el instrumento de ratificación.

En mi obra "Derecho Legislativo" he establecido una serie de conclusiones sobre las relaciones existentes entre los Tratados, la ley y la Constitución, que me voy a permitir leerles en este momento. Allí digo: "1º) El efecto de la ley aprobatoria de un Tratado es, únicamente, habilitar o autorizar al Poder Ejecutivo a ratificar el Tratado.

2º) Por tanto, el efecto de la ley aprobatoria de un Tratado -que aún no existe como norma de Derecho Internacional- no es sancionar una norma de Derecho interno con igual contenido normativo que las reglas del Tratado.

3º) La naturaleza jurídica de esta ley es la de un acto de autorización, en mérito de cuyo contenido se habilita a dicho Poder a ejercer su poder jurídico de ratificar el Tratado que anteriormente negoció, concluyó y suscribió.

4º) Los Tratados son" -esto es muy importante- "normas de Derecho Internacional, únicamente, que entran en vigor a partir del canje de ratificaciones y no de la mal llamada ley de aprobación.

5º) La Constitución faculta al Estado," -esto también es muy importante- "por medio de sus órganos competentes, a celebrar Tratados y Convenios con otros Estados y con organismos internacionales, cuyos efectos y obligatoriedad no define porque están regidos por el Derecho Internacional y no por las decisiones unilaterales de los Estados.

6º) En consecuencia, nuestra Constitución reconoce validez a dos clases de normas que pueden ser fuente de obligaciones para los individuos: la ley, norma de Derecho interno, y el Tratado, norma de Derecho Internacional, que tiene la naturaleza jurídica que éste le adjudica, que nace, se extingue y produce sus efectos con arreglo a dicho Derecho.

7º) Una ley contraria" -y esto tiene la más directa vinculación con el tema que estamos tratando- "a un Tratado anteriormente celebrado por el país es un acto contrario a la Constitución, ilegítimo, pues la Constitución ha autorizado al Poder Ejecutivo a suscribir y ratificar Tratados, con autorización del Parlamento, sabiendo que éstos son normas de Derecho Internacional que obligan al gobierno nacional, que se rigen por dicho Derecho y que sólo se extinguen en los casos y por los procedimientos previstos por el Derecho Internacional.

8º) En consecuencia, no tiene sentido plantearse si el Tratado tiene valor y fuerza mayores, iguales o menores que los de la ley. El Tratado tiene el valor y la fuerza que les da el Derecho Internacional -y éstos no pueden desconocerse por la legislación interna- desde que la propia Constitución consagra la validez de las obligaciones contraídas por Tratado."

(Ocupa la Presidencia la señora Senadora Pou)

Con esto quiero decir que no comparto en absoluto -dicho esto con el mayor respeto- una tesis que, al pasar, sostuvo el doctor Gorosito ante la Comisión -no es exclusiva de él sino que la ha sostenido alguna vez la Suprema Corte de Justicia- en el sentido de que el Tratado tiene la misma fuerza que la ley y que, por lo tanto, una ley posterior a un Tratado puede dejar sin efecto a éste como norma obligatoria de Derecho interno. Si esa tesis fuera cierta, sería muy fácil para todos los países desligarse de las obligaciones asumidas en los Tratados, por la simple vía de dictar legislación contraria a ellos.

Con esto quiero señalar que a partir de la vigencia en el país del Pacto de San José de Costa Rica, a mi juicio es evidente que todo ser humano, desde su concepción, tiene derecho a que su vida sea respetada, a no ser privado de ella. Modificar por ley esa disposición de este Tratado multilateral vigente en nuestro país, es inconstitucional.

Además de ello, quiero decir que la doctrina actual -incluyendo al Catedrático de Derecho Administrativo Cajarville Peluffo, y al profesor Risso- sostiene que cuando un derecho humano es consagrado en uno o más Tratados internacionales ratificados por el país, ello es demostrativo, precisamente, de que es inherente a la personalidad humana y, por lo tanto, está comprendido en la enunciación o en la reserva implícita que hace el artículo 72 de todos aquellos derechos que no tienen reconocimiento expreso en el texto constitucional, pero que son inherentes a la personalidad humana.

Ahora vamos a entrar en un tema científico, en el cual me considero ignorante. Leyendo parte de todo este material que se me hizo llegar me he enterado de que el gameto es la célula reproductora; que cuando el gameto masculino y el gameto femenino se unen, forman el cigoto, que es la nueva célula portadora de vida -si digo algún disparate me pueden corregir los doctores Cid y Xavier-; que la concepción, naturalmente, se produce en el organismo de la mujer cuando en su aparato u órganos genitales se implanta o llega el cigoto -no se aludía, desde esta concepción, a gestación o producción de cigotos en laboratorios-; que la fecundación artificial asistida es equivalente a la implantación en la mujer de espermatozoides conservados debidamente para que quede grávida; que es homóloga cuando se produce con espermatozoides del marido, o de su pareja en el caso del concubinato; que es heteróloga cuando se produce con espermatozoides de una persona desconocida o, por lo menos, aunque sea conocida, no es el marido ni su pareja. Cuando esa implantación es exitosa, ya hay un ser humano concebido y existe derecho a la vida. En cambio, la fertilización in vitro se produce fuera del ovario, con espermatozoides del marido -o de un donante, si es heteróloga- que luego se implanta en el útero de la misma mujer a la que se le extrajeron los óvulos, pero puede ser, teóricamente al menos, en otra mujer, lo cual da lugar a la figura que la ley prohíbe -o que en principio prohíbe- que se llama alquiler de útero.

Aquí confieso mi total vacilación para decir desde cuándo hay vida y, por ende, en qué momento se comenzaría a violar el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica, que ninguna ley puede desconocer sin incurrir, a mi juicio, en inconstitucionalidad.

El escribano Lanziano, en un libro de 500 páginas que se titula "Derechos Humanos", trata este problema y dice lo siguiente: "A este complejo celular viviente no lo consideramos con derecho a la vida; todavía no habría concepción. Aisladamente considerado no está dotado de vida." Esto tiene relación con la acción de desechar lo que se llama "el material sobrante" y dice el escribano Lanziano que ello no implica aborto. A mí me parece que sí lo es; pero lo que no me parece claro es si se estaría o no eliminando vida. Éste es un punto sobre el que no me pronuncio, porque entre el material que se me envió hay una versión del profesor Pedro Serna Bermúdez -no sé si se trata de un abogado o de un médico-.

SEÑOR CID.- Es un abogado español que concurrió a la Comisión.

SEÑOR AGUIRRE.- Él tiene un criterio distinto del que sostiene el escribano Lanziano, que es un hombre muy estudioso de los temas que escribe y que seguramente se ha informado mucho, aunque obviamente es un escribano y no un científico. El doctor Serna decía: "Donde hay un ser humano de la especie 'homo sapiens' hay un titular del derecho a la vida. La determinación de dónde hay biología humana le pertenece a los científicos, por lo que sobre ese punto no me voy a pronunciar, pero reitero que donde hay biología humana hay derecho a la vida, hay dignidad humana y hay obligación de respeto. Cualquier otro criterio será arbitrario.

Los médicos, los científicos, suelen hacer una distinción entre preembrión, embrión preimplantado, embrión y feto. Me parece que son distinciones que pueden tener alguna relevancia científica, pero creo que son muy peligrosas desde el punto de vista ético y jurídico, porque en el fondo se suelen traer a colación para decir que a algunos les reconocemos el derecho a la vida y a otros no y, por lo tanto, con estos podemos manipular y los podemos congelar. A mi juicio, si hay biología humana hay derecho a la vida y obligación de respeto, y si no hay biología humana, entonces, no los habría."

Reitero que ante esta disyuntiva me confieso carente de toda autoridad para pronunciarme. Me resulta más o menos convincente lo que dice el profesor Pedro Serna Bermúdez, pero como no se trata de un científico, sino de un abogado, creo que su opinión es

respetable, aunque no puede ser definitoria.

De acuerdo con el sentido general de la ley y los principios generales de la Constitución, me inclino a dar el mayor alcance posible a la protección del derecho a la vida y, ante la duda, a pensar que hay vida pero, repito, no hay certidumbre. Estamos en una zona gris, como le gustaba decir al profesor Justino Jiménez de Aréchaga, donde no podemos decir que haya una solución constitucional clara. De lo que no quedan dudas es de que donde científicamente se considera que ya hay concepción, la vida no se puede eliminar, porque eso está prohibido por la Constitución y el Pacto de San José de Costa Rica, que ninguna ley puede modificar sin a su vez violar la Carta.

A continuación, quisiera abordar otro aspecto del proyecto de ley, que ha sido uno de los más debatidos.

SEÑOR CID.- Como es sabido, esta agenda de trabajo fue fijada previamente a que nosotros tomáramos contacto con el Ministro de Economía y Finanzas, que en la tarde de hoy se reunirá con la bancada de Senadores del Encuentro Progresista - Frente Amplio, razón por la cual a la hora 16 deberé retirarme. En consecuencia pido excusas al doctor Aguirre Ramírez si cuando me ausente todavía no terminó su exposición.

SEÑOR AGUIRRE.- Conozco cómo son las cosas en el ámbito parlamentario y sé que a veces hay obligaciones políticas impostergables. Agradezco la delicadeza del señor Senador Cid por haberme dado esa explicación. De todos modos, voy a tratar de acelerar mi exposición.

En cuanto a la posibilidad de que las técnicas de reproducción asistida sean utilizadas por mujeres solas -con el alcance que di a esta expresión- debemos tener en cuenta otras disposiciones constitucionales e instrumentos internacionales. Es así que el artículo 40 de la Constitución dice: "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad."

Esta última frase revela cuál es la finalidad de la disposición, y es muy importante. Quiere decir que no se protege la familia como un valor en sí mismo, aunque tampoco se la desprotege, al punto que se le da rango de base de la sociedad. El objetivo de esa protección es la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad, lo cual lleva fácilmente a la interpretación de que para el constituyente es de orden que los hijos se formen dentro de una familia regularmente constituida. No me pronuncio sobre si la protección es sólo para la familia legítima o también alcanza a la ilegítima, tema sobre el cual puede haber más de una interpretación.

También debo recordar que una disposición similar contiene el numeral 1) del artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica, que dice que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por ésta y por el Estado.

A su vez, considero importante el artículo 41 de la Constitución, que señala: "El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres." En su segundo inciso, agrega: "La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso."

Por su parte, también se ha invocado el artículo 42 con otro alcance muy importante, porque se plantea otro problema jurídico para el caso de que el hijo haya sido criado por su madre -porque fisiológicamente nace de ella- pero el gameto masculino que lo engendró no es de quien lo ha criado como padre. Entonces, habría que determinar qué deberes le crea esa situación al padre biológico en función del propio artículo 42, que expresa: "Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él."

Lo que quiero sacar en conclusión de todas estas disposiciones es que los artículos 40, 41 y 42 al hablar de la familia en los términos a que ya he referido y al aludir reiteradamente en los dos últimos a los padres, parten de la premisa -que me parece indiscutible- de que los hijos tienen derecho a nacer en una familia que, aunque no sea legítima, al menos esté integrada por un padre y una madre. Parece de orden que los hijos no tengan una madre que haga de padre y madre, ni tampoco un padre que haga de madre y padre, aunque ello puede ocurrir en la realidad por irresponsabilidad de uno de los integrantes de la familia que deserta de sus deberes y abandona a los hijos. Generalmente lo hace el padre pero, excepcionalmente, también lo hace la madre.

¿A qué conclusión deseo llegar citando estas normas? El artículo 2º del proyecto de ley dice: "Sólo se atenderá la solicitud de reproducción asistida a la mujer soltera" -después se modificó en el Plenario a iniciativa del señor Senador García Costa, y se pasó a utilizar la palabra "sola"- "cuando tenga problemas de fertilidad o no pueda procrear por la forma natural, a través de una relación sexual con un hombre". Me parece que esta aceptación que hace el artículo 2º en cuanto a la reproducción asistida para mujeres solas, habilitando desde el inicio de la gestación que nazca una criatura que se sabe de antemano que no va a tener padre, es contraria -y de esto he hablado con el Profesor Gros Espiell, que creo vendrá a la Comisión en el día de mañana- a una interpretación armónica de los artículos 40, 41 y 42 de la Constitución, y también al numeral 1) del artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica.

Asimismo, considero conveniente tener en cuenta lo que esta misma norma dispone en el numeral 4), que dice que los Estados parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. Establece que en caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Como se observa, esta norma también parte de la premisa necesaria de que los hijos -salvo disposición contraria de la naturaleza- deben tener dos padres y que ambos tienen iguales derechos y obligaciones respecto a esos hijos que han traído al mundo.

Por consiguiente, pienso que la disposición que autoriza la fertilización por estos procedimientos -es decir la reproducción asistida de mujeres solas, no casadas ni que vivan en pareja, o sea, lo que tradicionalmente se llamaba concubinato- viola directamente el artículo 40 de la Constitución y el numeral 1) del artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica, así como indirectamente los artículos 41 y 42 de la Carta y, a mi juicio, también los artículos 7º y 18 de la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por Ley Nº 16.137 -veo que lleva mi firma- de 26 de setiembre de 1990.

El artículo 7º de la Convención de Derechos del Niño, que también tiene directa relación con el otro problema de la donación anónima, dice que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Es decir que se parte de la premisa necesaria de que el niño debe tener padre y madre. El artículo continúa diciendo que los Estados parte velarán por la aplicación de estos derechos, de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Es decir que la legislación nacional debe adaptarse a este principio del artículo 7º y tiene que preservar el derecho de los niños no ya a conocer a sus padres, sino a tenerlos, y no a tener un padre anónimo que nunca va a asumir sus obligaciones como tal.

El artículo 18 de la Convención de Derechos del Niño dice que los Estados parte pondrán el máximo empeño en garantizar el máximo reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. Este artículo tiene otros dos numerales que, por razones de brevedad, ya que la señora Senadora Xavier y el señor Senador Cid se tendrán que retirar dentro de unos minutos, no voy a leer. Debo decir que me parece que el numeral primero es suficientemente elocuente y claro en cuanto a que si bien la Convención de Derechos del Niño no impone la obligación de que los niños tengan padres que los críen, parte de la premisa de que esa es la situación que se debe amparar y proteger. Por tanto, me parece que una legislación nacional de un país que ha ratificado la Convención de los Derechos del Niño, no puede autorizar la gestación y nacimiento de niños sabiendo, desde el momento mismo de su concepción, que en los hechos y a partir de su nacimiento, no van a tener padre y nunca lo van a conocer.

Esto también tiene directa relación con el tema del artículo 5º en cuanto al problema de la donación anónima. Particularmente, el inciso quinto de dicho artículo dice: "La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad de los donantes en el más estricto secreto, y en clave, en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes". Luego expresa: "Bajo ninguna circunstancia los donantes podrán reclamar derechos de paternidad o maternidad de la criatura" -esto, a mi juicio, no es lo que colide con la Convención de Derechos del Niño- "concebida con las técnicas que regula esta ley, así como tampoco la persona sobre su padre biológico". Por tanto, se niega al niño nacido en estas circunstancias la posibilidad de conocer a su verdadero padre, si bien la ley -creo que en el inciso 8º- posteriormente lo habilita a ello por medio de un procedimiento judicial en forma excepcional, cuando hubiere riesgo para la vida de esa persona y una vez cumplidos los 18 años de edad. Al mismo tiempo dice que la filiación comprobada por efecto de la aplicación de este artículo no produce derechos civiles de clase alguna. A mi juicio, la prohibición de que el hijo reclame derechos de filiación sobre su padre biológico, así como el conocimiento de su verdadera identidad hasta los 18 años sin posibilidad de modificar su filiación, viola directamente el artículo 7º de la Convención de Derechos del Niño, indirectamente el artículo 40 de la Constitución y también el artículo 17, numeral 1, del Pacto de San José de Costa Rica.

Con esto termino mi exposición, sin perjuicio de quedar a las órdenes para contestar las preguntas que me quieran formular y reiterando que para mí, en cierto sentido, ha sido apasionante entrar a estudiar esta temática, pero también me he sentido un poco abrumado por la responsabilidad de tener que emitir una especie de dictamen sobre algo que tiene tantos aspectos difíciles en los cuales la ciencia recién empieza a transitar y a pulir los conceptos. Sin embargo, creo que tienen razón los miembros de la Comisión en cuanto a consultar a especialistas en Derecho Constitucional porque, evidentemente, estos temas tienen una relación directísima con el derecho a la vida y con los derechos de la familia y de los hijos que están reconocidos por la Constitución y por instrumentos internacionales que, como he dicho, a mi juicio no pueden ser modificados por ley.

Muchas gracias.

SEÑOR RIESGO.- En primer lugar, quisiera agradecerle al doctor Gonzalo Aguirre su visita para ayudarnos en este tema que nos es complicado. Si entendí bien -de no ser así le pido que me corrija- el doctor Gonzalo Aguirre considera que la vida comienza en el momento de la concepción.

SEÑOR AGUIRRE.- Quisiera aclarar mi pensamiento. Considero que la vida desde el momento de la concepción tiene amparo por el Pacto de San José de Costa Rica y que éste no puede ser modificado por ley. Ahora bien, en cuanto al momento en que se considera científicamente que hay concepción tengo mi opinión personal, pero ella no es más válida que la de cualquier otra persona, porque no soy médico y, mucho menos, científico.

SEÑOR RIESGO.- No le iba a pedir su posición como médico o como científico porque entiendo que el doctor Gonzalo Aguirre es muy respetuoso de las áreas. Simplemente quería que se aclarara el punto planteado anteriormente. Hoy, de acuerdo con la ley, la vida existe desde el momento de la concepción.

SEÑOR AGUIRRE.- Así lo establece el Pacto de San José de Costa Rica que está ratificado por nuestro país. Es un Tratado internacional y, al mismo tiempo, ley vigente en nuestro país.

SEÑOR RIESGO.- Al decir que la vida comenzaba en el momento de la concepción, estábamos hablando del ser humano desde ese momento con todos sus derechos y obligaciones.

SEÑOR AGUIRRE.- Naturalmente que sí. Si se considera que hay vida, ese ser humano, sin ninguna duda, tiene derecho a la protección constitucional de su vida y ésta no puede ser suprimida.

SEÑORA PRESIDENTA.- La Comisión le agradece al doctor Gonzalo Aguirre que haya venido, ya que siempre es un placer escucharlo. Las mismas dificultades que tiene el doctor Aguirre las tenemos muchos de los miembros de esta Comisión porque el tema es apasionante y multifacético. Por ello, considero que ha sido acertado el hecho de que esta Comisión haya solicitado su asesoramiento.

(Se retira de Sala el doctor Gonzalo Aguirre Ramírez)